

Arthur BARRETO^a
 Carolina PAIM^b
 Lara THOMAS^d

Lorena AMARAL^c
 Nicole Miranda GUARDA^e
 Rita RIBEIRO^f

Journal Law
 n. 24 p. 281-300
 jan/jun 2016

DIREITO E GRADUALISMO AUTOPOIÉTICO: O DEBATE ENTRE LUHMANN E TEUBNER A RESPEITO DA AUTOPOIESE JURÍDICA COMO UM PROCESSO GRADATIVO

LAW AND AUTOPOIETIC GRADUALISM: THE
 DISCUSSION BETWEEN LUHMANN AND TEUBNER
 ON LEGAL AUTOPOIESIS LIKE A GRADUAL
 PROCESSES

DERECHO Y GRADUALISMO AUTOPOIETICO:
 EL DEBATE ENTRE LUHMANN Y TEUBNER A
 RESPETO DE LA AUTOPOIESIS JURIDICA COMO UN
 PROCESO GRADATIVO

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 A autopoiese em Luhmann; 3 A autopoiese em Teubner; 4 Motivos do gradualismo autopoietico de Teubner; 5 Motivos da concepção não-gradualista de autopoiese em Luhmann; 6 Gradualismo autopoietico e paradoxo; 7 O gradualismo autopoietico e pluralismo juridico; 8 Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO

Embora Luhmann e Teubner façam parte de uma tradição teórica sistêmica comum, seus conceitos de autopoiese são bastante diferentes. Para Luhmann, autopoiese é uma unidade analítica irreduzível e irrelativizável. É uma característica verificável ou não, inexistindo sistemas mais ou menos autopoieticos. Entretanto, Teubner procurou descrever a autopoiese como um

Como citar este artigo:
 SIMIONI, Rafael, et al.
 Direito e gradualismo
 autopoietico: o debate
 entre luhmann e
 teubner a respeito
 da autopoiese
 jurídica como um
 processo gradativo.
 Argumenta Journal
 Law, Jacarezinho – PR,
 Brasil, n. 24. p. 283-302.

Data da submissão:
 21/03/2016

Data da aprovação:
 22/06/2016

1 Pós-Doutor em
 Direito - Faculdade de
 Direito do Sul de Minas
 e Universidade do Vale
 do Sapucaí - Brasil

2 a 7
 Graduandos em
 Direito - Faculdade
 de Direito da UFMG
 - Brasil

processo gradual, segundo o qual podem existir estágios evolutivos com vistas a uma autopoiese plena. E assim, a concepção gradualista de autopoiese no direito possui uma normatividade implícita que permite afirmar-se que a autopoiese pode ser uma qualidade e não uma característica empírica de sistemas sociais. Nesse sentido, este artigo objetiva apresentar as diferenças entre as concepções de autopoiese em Luhmann e em Teubner, explicitando suas razões e refletindo sobre os alcances intelectivos e limitações de cada uma. Mas apesar de ser aparentemente mais flexível, dinâmica e adaptável a uma concepção pluralista de direito, a tese gradualista possui um caráter normativo implícito que pode ser incompatível com a própria noção de autopoiese.

ABSTRACT

Although Luhmann and Teubner are part of a common systemic theoretical tradition, their concepts of autopoiesis are very different. For Luhmann, autopoiesis is an unyielding and unachievable analytical unit. Is a feature that is verified or not verified, not existing systems that are more or less autopoietics. However, Teubner sought to describe the autopoiesis as a gradual process, whereby there may be evolutionary stages that look forward to accomplish a full autopoiesis. So that, the gradualist concept of autopoiesis in Law has an implicit normativity that allows saying that autopoiesis can be a quality, not an empirical feature of social systems. Accordingly, this article aims to show the differences between Luhmann and Teubner concepts of autopoiesis, clarifying their reasons and reflecting about the intellectual reaches and limitations of each one. But despite being apparently more flexible, dynamic and adaptable to a pluralistic concept of Law, the gradualist thesis has a normative feature implicit, the can be compatible with the own autopoiesis concept.

PALAVRAS-CHAVE

Autopoiese jurídica; gradualismo autopoietico; pluralismo jurídico; Niklas Luhmann; Gunther Teubner.

KEY-WORDS

Legal autopoiesis; gradualism; legal pluralism; Niklas Luhmann; Gunther Teubner.

PALABRAS CLAVE

Autopoiesis jurídica; gradualismo autopoietico; pluralismo jurídico; Niklas Luhmann; Gunther Teubner.

1 INTRODUÇÃO

A autopoiese, como se sabe, é um conceito introduzido no discurso das Ciências Sociais por Niklas Luhmann, na década de 1980. Esse conceito significa, dentre outras coisas, uma característica especial, que só alguns sistemas possuem, de produzir operações a partir da rede histórica de suas próprias operações.

O impacto desse conceito no campo do Direito é enorme, já que contraria toda uma tradição epistemológica que remonta ao pensamento da Grécia Antiga. Afinal, conceber o Direito como sistema autopoietico significa não só romper com uma fundamentação metafísica, como também renunciar a uma concepção ontológica da realidade. Exige também a aceitação de que as complicadas relações entre o Direito e sociedade são de acoplamento estrutural, e, por essa razão, tratam-se de relações incontrolláveis em termos lineares, imprevisíveis em termos de causa e efeito e incalculáveis em termos de regulamentação.

No entanto, a dureza desse conceito foi amenizada por uma concepção gradualista de autopoiese, presente no conceito de hiperciclo desenvolvido por Günter Teubner. Segundo essa concepção, um sistema como o Direito pode ter diferentes graus de evolução, podendo ser mais ou menos autopoietico. Quanto mais diferenciado funcionalmente for um sistema, mais autopoiese ele possuiria; quanto menos diferenciado, mais déficits de autopoiese.

Esse conceito foi muito pesquisado e usado para explicar os diferentes graus de autonomia autopoietica do Direito entre os países de modernidade central e os de modernidade periférica. Além disso, essa concepção permite uma explicação dos diferentes graus de corrupção e demais problemas operacionais do Direito, presentes em sistemas jurídicos mais ou menos evoluídos.

Entretanto, uma concepção gradualista de autopoiese implica em pelo menos quatro problemas merecedores de reflexão no âmbito jurídico, a saber: 1) a suposição implícita de que existe uma conexão entre o valor de um sistema jurídico e seu grau de autopoiese; 2) a concessão

de um caráter normativo ao conceito de autopoiese, como se um sistema para ser bom ou eficaz, devesse ser autopoietico; 3) a diferenciação de graus autopoieticos implica a existência de diferentes sistemas embasados na distinção entre centro e periferia, o que contraria o próprio conceito de diferenciação funcional; 4) o gradualismo autopoietico induz uma ideia de evolução com finalidade planejada, afastando-se da convicção luhmanniana de evolução apenas como incremento de complexidade.

No que segue, esta pesquisa procurará estabelecer uma reflexão sobre as vantagens e as desvantagens intelectivas de uma concepção gradualista de autopoiese no campo jurídico. Para atingir esse resultado, será realizada a) uma comparação entre o conceito de autopoiese de Niklas Luhmann e o de Günther Teubner; para depois b) analisar as críticas e as razões de Teubner ao propor uma concepção gradualista de autopoiese. Em um segundo momento, a pesquisa objetivará c) sinalizar as razões de Luhmann para justificar a concepção não-gradualista de autopoiese no direito; e d) refletir sobre os alcances e limites de ambas concepções. Para realizar esses objetivos, esta pesquisa utilizará o método analítico, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica.

2 A AUTOPOIESE EM LUHMANN

Nascido no ano de 1927 em Lueneburg, na Alemanha, Niklas Luhmann é hoje reconhecido sociólogo, famoso por sua reformulação da teoria dos sistemas sociais da tradição de Talcott Parsons. Antes de enveredar pela Sociologia, Luhmann formou-se em Direito pela Universidade de Friburgo, em 1949, e trabalhou como funcionário público na administração de sua cidade natal entre os anos de 1954 e 1961. Em 1961, frequentou o curso de Políticas Públicas e Gestão na Universidade de Harvard, em Boston, onde pode se dedicar ao estudo da sociologia com Talcott Parsons.

Em 1964 Luhmann publicou seu primeiro trabalho de cunho sociológico utilizando a teoria dos sistemas sociais, estudada em Harvard sob o título de “The Functions and Effects of Formal Organization”. Niklas Luhmann completa seus estudos sociológicos em 1965 na Universidade Münster e em 1968 passa a lecionar, na área de sociologia, na Universidade de Bielefeld, onde continuou até 1993.

Os estudos no Estado Unidos fomentaram a posição crítica de

Luhmann, principalmente em relação à teoria dos sistemas sociais de Parsons, até a publicação de sua famosa obra “Sistemas Sociais”, de 1984, em que estão suas críticas mais expressivas à tradição sociológica de Parsons (LUHMANN, 1998, p.7). A principal diferença entre os pensamentos de Luhmann e Parsons consiste no fato de que Parsons concebia sistemas como ação, enquanto Luhmann concebia sistemas como comunicação e isso muda muitos aspectos em termos de análise sociológica.

Desse debate de teorias surgiu a primeira fase luhmanniana, funcional-estruturalista, bastante influenciada por Parsons, mas com suas devidas diferenças. Luhmann estava preocupado em adequar a sociologia para a descrição de uma sociedade que se caracterizava por ser essencialmente complexa. Dessa maneira, supera sua crítica à sociologia teleológica. Logo, foca-se em descrever como a sociedade mantém sua ordem em um ambiente complexo, relacionando o arquétipo binário da distinção entre meio e forma. Portanto, de acordo com sua função, um sistema social pode modificar por si mesmo as suas próprias estruturas.

Para Luhmann um sistema não vai se adaptando ao meio ele já possui ou não suas *preadaptative advances*. A função que um sistema desempenha para a sociedade não vai mudando como estratégia de adaptação às sempre novas transformações sociais, pelo contrário: um sistema social complexo tem a capacidade de transformar suas próprias estruturas para continuar a exercer sua função social.

A partir dessa relação entre função e estrutura surge o conceito de autopoiese, que marca a segunda fase do pensamento luhmanniano, inaugurada no livro “Sistemas Sociais”(LUHMANN, 1998). Vale ressaltar que as fases de Luhmann não são superações umas das outras nem possuem rompimentos entre si, mas são complementações, ou melhor, sobreposições umas das outras. Portanto, nessa segunda fase, o conceito de função é utilizado para dizer que cada sistema possui uma função exclusiva, a qual é definida pelo próprio sistema e não pela sociedade. Também é na fase autopoietica que são utilizados conceitos das ciências naturais e da cibernética, a fim de demonstrar como todos os sistemas estão, de certa forma, autonomamente interligados e ao mesmo tempo interdependentes.

Diz-se que só há duas fases na teoria de Luhmann: a fase estrutural-funcionalista e a fase autopoietica. Contudo, alguns pesquisadores, tais como Jean Clan (CLAN, 2006, p. 21), observam que há também uma

terceira fase, mais sutil, que teria se iniciado na década de 90, próximo à aposentadoria de Luhmann na Universidade de Bielefeld. Essa seria a fase do paradoxo, que consiste basicamente na questão: o que faz a autopoiese acontecer? Em uma explicação pós-ontológica, o sociólogo diz que a autopoiese surge do paradoxo, que se desdobra na forma de re-entradas de distinções naquilo que elas mesmas distinguiram, como é o caso da relação entre meio e forma.

É importante destacar também a relação entre Luhmann e Habermas, que apesar de terem partido de pressupostos teóricos muito similares, logo tornaram-se adversários no que tange a teoria da comunicação, dentre outros aspectos intelectivos. Habermas dizia que a comunicação gera consenso e dissenso, e que o objetivo da ação comunicativa é o convencimento (HABERMAS, 1997, p. 21; 1988, p. 130). Ao passo que, segundo Luhmann, a comunicação, sendo a energia que gera a autopoiese dos sistemas sociais, apesar de gerar consensos e dissensos, não procura promover primariamente o convencimento. Para Luhmann, a comunicação tende a realizar a continuidade do seu processo de produção autopoiético, independente de um entendimento (LUHMANN, 1998, p. 95). Dessa maneira, a comunicação seria a fonte da formação e estruturação dos sistemas sociais.

3 A AUTOPOIESE EM TEUBNER

Gunther Teubner, nascido em Herrnhut, Alemanha, em 1944, é especialista em sociologia do direito e em direito privado. Formou-se pelas universidades de Tübingen e Göttingen, tendo obtido o doutorado pela primeira, em 1970. Foi professor nessa mesma instituição, as universidades de Bremen e de Frankfurt, na qual leciona atualmente. Desenvolveu diversas pesquisas como professor visitante em países como Áustria, Estados Unidos, Itália, Reino Unido, França e China, onde atualmente trabalha nas universidades de Xangai e Pequim¹.

Suas principais obras são “Fragmentos constitucionais: constitucionalismo societário na globalização”, de 2012; “Redes sociais como contratos interconectados”, de 2011; e “O direito como sistema autopoiético”, de 1993. Seus livros foram traduzidos para onze línguas, incluído português, chinês, húngaro e coreano. Além disso,

quatorze coletâneas de artigos foram publicadas em diversas línguas. Por tudo isso, foi agraciado em 2001 com o prêmio de pesquisador do ano da Fundação Nacional de Pesquisa da Alemanha, e em 1981, com o prêmio de melhor livro do ano, pela Associação Internacional de Sociologia².

Teubner é um pensador da sociologia jurídica que mantém uma identidade teórica muito próxima à teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann. Pode-se dizer que Luhmann é um dos seus principais referenciais teóricos.

Entretanto, Teubner desenvolveu uma identidade teórica própria, especialmente a partir da década de noventa, ao assumir a possibilidade de estágios graduais de evolução de um sistema social rumo à autopoiese (TEUBNER, 1997, p. 80-81).

Essa decisão teórica permitirá um re-entendimento não só da dinâmica autopoietica dos sistemas sociais, mas também uma renovação do sentido do acoplamento estrutural entre eles. E isso significa a abertura de diferentes possibilidades para a intelecção de problemas comunicativos entre sistemas sociais autopoieticos, especialmente nas relações entre direito, economia e política, que foram os principais objetos de pesquisa de Teubner.

Em seus trabalhos recentes, Teubner inclusive desenvolve reflexões no sentido de fundamentar a criação de acoplamentos entre sistemas sociais ou entre sistemas e organizações ou entre redes de organizações (TEUBNER, 1997, 2000, 2005). E isso configura um afastamento da concepção luhmanniana de autopoiese, já que em Luhmann os acoplamentos são resultados mais ou menos casuais de operações dos próprios sistemas. São conquistas evolutivas que decorrem da própria autopoiese dos sistemas sociais.

Dessa diferença, aparentemente sutil, entre as concepções de Luhmann e de Teubner a respeito da autopoiese de sistemas baseados em comunicação, resulta uma diferença enorme em termos de intelecção dos problemas práticos, pois enquanto para Luhmann a autopoiese é um conceito de caráter descritivo-reconstrutivo, para Teubner a autopoiese pode ser apresentada também com um sentido normativo, isto é, a autopoiese pode ser entendida como uma qualidade que os sistemas merecem ter.

4 MOTIVOS DO GRADUALISMO AUTOPOIÉTICO DE TEUBNER

Na perspectiva da concepção biológica da autopoiese de Maturana e Varela (MATURANA, 1997, p. 88), Luhmann entende a autopoiese como uma característica que alguns sistemas mais complexos possuem ou não. A autopoiese, para Luhmann, acontece ou não. Verifica-se ou não na realidade empírica. Do mesmo modo que para Maturana e Varela, a autopoiese é apenas um conceito, uma unidade analítica que designa uma característica operacional de um sistema. Ela não é um conceito normativo. Não é um conceito que permita estabelecer um juízo de valor. Não é um conceito que apresente a autopoiese como uma qualidade que um sistema deve ter ou merece ter. Segundo Luhmann, para um sistema ser bom ou eficaz, ele não precisa ser autopoietico. Não há nenhuma relação empírica que permita afirmar-se que, quanto mais autopoiese exista em um sistema, melhor ou mais eficaz ele será. Autopoiese existe ou não.

Entretanto Teubner busca redimensionar essa concepção rígida de autopoiese. Para Teubner, o conceito de autopoiese em Luhmann se caracteriza por uma “‘rigidez inflexível’, como um processo de tudo ou nada: o direito ou reproduz ou não se reproduz a si próprio; não existe algo como uma autopoiese parcial” (TEUBNER, 1997, p. 57). Essa questão torna-se importante para Teubner, pois a “autonomia e *autopoiesis* deveriam antes ser entendidos como conceitos gradativos» (TEUBNER, 1997, p. 57). Afinal, é possível perceber graus diferentes de autonomia e de autopoiese nos sistemas jurídico, econômico e político, sendo eles de extrema importância para a sua caracterização.

Teubner afirma que o gradualismo autopoietico pode ser percebido a partir das seguintes etapas: auto-observação, auto-constituição, auto-reprodução e, por fim, a autopoiese. A auto-observação surge espontaneamente a partir do momento que o sistema se reconhece como tal e interage com seus elementos, tornando-se objeto de seu próprio estudo. Já a auto-constituição acontece quando o próprio sistema define e coloca em operação esses componentes. E, por fim, a auto-reprodução significa a produção de novos elementos a partir dos seus próprios já existentes, fazendo o sistema cada vez mais complexo (TEUBNER, 1997, p. 81).

É sempre possível identificar sucessivos graus de autonomia tornando o sistema capaz de constituir seus elementos em ciclos auto-referen-

ciais. Essa autonomia se torna autopoietica “quando os componentes do sistema, assim ciclicamente constituídos, se articulem entre si próprios por sua vez, formando um hiperciclo” (TEUBNER, 1997, p. 58). A auto-reprodução do sistema é atingida justamente pelo acúmulo dessas relações auto-referenciais, e é dependente da complementariedade dos componentes sistêmicos entre si.

Dessa forma, fica claro para Teubner a existência dessa gradatividade do processo da autopoiese devido à escala que se forma pelo acúmulo progressivo dessas relações circulares (TEUBNER, 1997, p. 67), constituídas pela sucessão das quatro etapas mencionadas: auto-observação, auto-constituição, auto-reprodução e, por fim, a autopoiese. Cada etapa é entendida como um estágio evolutivo. Um estágio de complexidade estruturada.

A principal vantagem de o sistema se libertar e autonomizar o seu meio envolvente é a garantia de sua própria estabilidade, assegurando o seu hiperciclo, isto é, as “condições de circularidade recíproca da sua produção” (TEUBNER, 1997, p. 69). No entanto, essa autonomia de modo algum exclui a existência de interdependências causais entre os vários sistemas existentes. As interferências e repercussões intersistêmicas, que para Luhmann são caóticas - não lineares -, são essenciais na teoria de Teubner na construção do acoplamento estrutural. A autopoiese de cada sistema delimita o seu funcionamento ao mesmo tempo em que possui a porosidade de um véu, preservando a comunicação, a energia que mantém harmonicamente os sistemas em vigor.

Usando-se do próprio exemplo dado por Teubner para a demonstração empírica de um sistema que se torna gradativamente autopoietico, o Direito passa por três fases até atingir a plena autonomia jurídica. Parte-se de uma fase inicial, o “Direito socialmente difuso”, em que seus elementos se misturam com os elementos sociais gerais, sem qualquer delimitação de sua linguagem, normas, ações e processos (TEUBNER, 1997, p. 80). Em uma segunda fase, o Direito torna-se parcialmente autônomo, por meio da auto-constituição, iniciando o uso dos componentes jurídicos, representados pelas leis secundárias de Hart (de identificação, modificação e atribuição) que tematizam as comunicações jurídicas e os instrumentos operacionais de sua regulação (TEUBNER, 1997, p. 80). Fala-se em uma autonomia parcial porque o mecanismo das normas secundárias

compõe apenas um de seus vários círculos auto-referenciais, e não a sua “abrangente e global auto-reprodução” (TEUBNER, 1997, p. 81). Na terceira e última fase, o Direito se torna caracteristicamente autopoietico, a partir de uma teoria de fontes autônomas na qual as normas são produzidas por fontes internas – como precedentes jurisprudenciais e princípios gerais do próprio ordenamento. Nas palavras do autor: “a autopoiesis jurídica apenas pode emergir caso as relações auto-referenciais circulares dos componentes do sistema sejam constituídas por forma a permitirem a sua própria articulação e interligação num hiperciclo auto-reprodutivo” (TEUBNER, 1997, p. 81).

O caráter normativo e valorativo implícito nessa concepção gradualista de autopoiese fica evidente quando Teubner observa a autopoiese como uma vantagem para o direito, já que tornando-se autopoietico, a validação de suas normas não dependeria mais de fatores externos, na medida em que não mais são elaboradas fora do próprio campo jurídico. Ao invés de observar a autopoiese como um conceito, como uma característica inerente a sistemas que operam com autonomia em relação ao meio, a concepção gradualista permite tecer um juízo de valor observando vantagens e desvantagens sistêmicas em cada uma das etapas do processo de formação gradativa da autopoiese.

Nessa perspectiva gradualista, o direito autopoietico poderia, contudo – devido à porosidade da autopoiese – incorporar também elementos psicológicos, filosóficos e sociológicos, desde que esses não interfiram no critério “lícito/ilícito”, definidor da identidade do Direito (TEUBNER, 1997, p. 90). O problema é que essa decisão sobre o que merece e o que não merece ser incorporado pelo direito talvez não seja uma decisão humana, mas possivelmente uma decisão que acontece no nível do próprio sistema, isto é, uma decisão realizada na tensão entre a estrutura e a semântica do sistema.

Frente a essa autonomia conquistada gradativamente pelo Direito, Teubner re-questiona a posição do homem no sistema jurídico, primeiro impulsionador para a formulação do mesmo e cujo comportamento é o principal alvo da esfera jurídica. Teubner afirma que o Direito como um sistema autopoietico não exclui a realidade social de sua constituição. “A ‘realidade jurídica’ não constitui a parcela ‘jurídica’ da realidade social, nem se reduz à mundividência particular do jurista: representa antes uma

construção de um mundo tal como ele acede à sua existência, através das limitações (e oportunidades) próprias do jogo comunicativo-jurídico” (TEUBNER, 1997, p. 97). Contemporaneamente, a participação humana se faz cada vez mais evidente, direitos humanos são produzidos de maneira constante tendo o homem nunca como objeto de direitos, mas sempre como sujeito de direitos.

5 MOTIVOS DA CONCEPÇÃO NÃO-GRADUALISTA DE AUTOPOIESE EM LUHMANN

Niklas Luhmann, em ruptura explícita com os paradigmas sociológicos subjetivistas, produz sua obra a partir do reencontro da Sociologia com a Biologia, Física, Matemática, Ciências Cognitivas, Ciências da Linguagem, Psicologia e Antropologia. Em sua Teoria dos sistemas, Luhmann utiliza o conceito de autopoiese – a capacidade de um sistema vivo de produzir e reproduzir por si mesmo os elementos que o constituem e assim definir sua própria unidade – formulado pelos biólogos chilenos Maturana e Varela, como uma das unidades analíticas de observação social da sua teoria dos sistemas.

Na teoria Luhmanniana, a existência de sistemas é assumida como factual e autorreferencial. Segundo o autor, o conceito de sistema refere-se a alguma coisa que é em realidade um sistema e que, nesse sentido, assume a responsabilidade de explicar a realidade e testar suas afirmações (LUHMANN, 1998, p. 27). A Teoria Sistêmica da Sociedade defende que, a partir da Modernidade, a sociedade veio a se compor de diversos subsistemas sociais especializados, dentro de um sistema maior: a própria sociedade. Cada sistema assume reações próprias e uma forma de comunicação característica. Os arranjos funcionais de cada sistema requerem total autonomia, porque nenhum outro desempenhará as mesmas funções. Sendo assim, a autonomia não é um objetivo perseguido pelo sistema, mas uma necessidade fática. Os sistemas são distintos do ambiente circundante, ou seja, do ponto de vista operacional são fechados, organizados a partir de seus códigos binários, que lhes garantem tanto a identidade quanto a diferença em relação a todos os demais sistemas.

Nesse sentido, não há uma comunicação direta dos sistemas com o ambiente. Os estímulos vindos do ambiente são submetidos aos padrões próprios de processamento e observação de cada sistema. É esse código

que confere organização ao sistema, identificando-o como diferentes dos demais. Todavia, a ideia de que um subsistema social qualquer, como o direito, constitui um sistema fechado e não deve encobrir o fato de que todo sistema mantém certas conexões com o ambiente.

No caso do sistema do direito, ele tem seu componente e sua forma própria de expressão: as normas jurídicas, e seu próprio modo de operação: o código lícito e ilícito. Pode haver influência política na legislação, porém somente a lei pode alterar a lei. Somente dentro do sistema legal a mudança das normas pode ser identificada como mudança da lei. Dessa forma, sempre é a norma que define o que terá relevância para o sistema legal ou não. Nesse sentido, o direito é um sistema normativamente fechado (LUHMANN, 2005, p. 93).

Mas ao mesmo tempo em que o sistema jurídico é normativamente fechado às influências do ambiente, ele possui também algumas zonas de sensibilidade muito específicas, que constituem aberturas cognitivas importantes para a constante atualização do sistema. Essas aberturas são chamadas de acoplamentos. Alguns acoplamentos são tão importantes e tão bem estruturados no tempo que se constituem em acoplamentos estruturais que permanecem no tempo com uma certa estabilidade histórica. Assim, um acoplamento permite que determinados fenômenos comunicativos provoquem irritações mútuas entre dois ou mais sistemas sociais, sendo lidos por cada um à luz de seus próprios códigos.

A clausura operativa que diferencia os sistemas do ambiente constitui também a base para a autonomia de tal sistema. A teoria luhmanniana, portanto, não abre espaço para uma concepção gradualista de autopoiese, visto que toda sua construção conceitual baseia-se no entendimento da autopoiese como um processo que ocorre, que acontece, que se verifica na realidade empírica ou não se verifica e não como algo que se desenvolve ao longo do tempo. Ao afastar essa concepção gradualista, Luhmann afasta também a ideia de que a autopoiese seja uma característica qualitativamente avaliável, ou seja, afasta a classificação de sistemas bons e ruins tendo como critério ele ser autopoietico ou não.

O conceito de evolução que permeia a teoria sistêmica difere do conceito comumente empregado à palavra, como desenvolvimento gradativo para um fim definido, planejado. Para Luhmann, evolução é aumento de complexidade (LUHMANN, 2009, p. 169). Nesse sentido, o conceito

encaixa-se perfeitamente nessa concepção não gradual de autopoiese, ao qual não se sabe o fim do sistema, mas sabe que ao produzir a si mesmo, o sistema torna-se internamente mais complexo. Além disso, Luhmann adota como critério de diferenciação entre os sistemas a sua função (diferenciação funcional), o que seria rompido com o gradualismo, visto que tal visão implicaria em distinguir os sistemas em centro (mais autopoietico), e periferia (menos autopoietico), escusando-se da real distinção que é o papel único que cada subsistema desempenha dentro da sociedade.

6 GRADUALISMO AUTOPOIÉTICO E PARADOXO

Para Luhmann, a relação que um sistema social estabelece com a comunicação sempre é o resultado de uma aplicação recursiva, e por isso operativamente fechada, de uma forma a um meio de comunicação (LUHMANN, 2009, p. 62). O resultado desse tipo genuinamente social de operação comunicativa é uma recursividade da forma sobre aquilo que ela mesma havia diferenciado, gerando o paradoxo.

Essa recursividade também é uma forma de dois lados (SPENCER-BROWN, 1979, p. 69). E isso significa que ela é uma auto-aplicação da operação sobre si mesma em um ambiente, vale dizer, ela é operativamente fechada em relação ao ambiente e cognitivamente aberta para o ambiente. Essa forma, como todas as demais, combina, então, ao mesmo tempo, auto e hetero-referência.

A propósito da autopoiese no Direito, também Clam observou que “o Direito é um sistema no qual o fechamento é irredutível e irrelativizável. Ele não pode ser mais ou menos fechado, mais ou menos autopoietico, porque suas operações não podem ter referência fora dele. Não há *gradualidade na autopoiese*: ou o sistema é autoprodutor, ou ele não é” (CLAM, 2005, p. 114). Maturana e Varela, os biólogos mentores do conceito “original” de autopoiese biológica, também defendem a inexistência de um gradualismo: “o estabelecimento de um sistema autopoietico não pode ser um processo gradativo: o sistema autopoietico ou existe, ou não existe” (MATURANA, 1997, p. 88).

A diferenciação “meio/forma” deixa evidente a inexistência de um gradualismo autopoietico. Autopoiese não é um objeto que vai se formando, tampouco é um conceito normativo: um sistema, para ser bom, eficiente, não “precisa” (dever-ser) ser autopoietico. Autopoiese é só um

conceito, uma unidade topológica definida por um tipo especial de relação entre seus elementos. Por isso, a questão não é se ela é ou não gradual, mas se a sua forma se verifica empiricamente ou não se verifica.

Nesse sentido, se pode também observar o paradoxo da tese gradualista. É possível, por exemplo, perguntar se o gradualismo da autopoiese é autopoietico. Ora, se realmente há um gradualismo autopoietico, esse gradualismo é resultado de uma operação autopoietica? Ou o conceito de autopoiese é válido para explicar uma realidade autopoietica, mas não é válido para explicar uma realidade que ainda não atingiu o estágio evolutivo necessário para conquistar o selo da autopoiese? Como se vê, há uma problemática interessante na concepção gradualista da autopoiese, na medida em que a pergunta pela autopoiese do gradualismo autopoietico aponta para a sua própria impossibilidade. Afinal, a idéia de um gradualismo é incompatível com a própria noção e alcance do conceito de autopoiese.

7 O GRADUALISMO AUTOPOIÉTICO E PLURALISMO JURÍDICO

As críticas contra uma concepção gradualista foram realizadas pelo próprio Luhmann (1993, p. 71). O problema é que na perspectiva da decisão jurídica, a prática jurídica se depara, hoje, com uma diversidade de fontes normativas sem precedentes na história. A decisão jurídica precisa lidar com pluralismos normativos dificilmente conciliáveis na prática.

Para tanto, as perspectivas de Günther Teubner e de Karl-Heinz Ladeur tornam-se importantes. Pois ambos são herdeiros da concepção sistêmico-autopoietica de Niklas Luhmann, mas procuraram avançar a teoria por meio de uma mediação conceitual capaz de oportunizar a observação e o tratamento dos problemas contemporâneos relacionados ao pluralismo nas fontes do direito, ao pluralismo na diversidade dos âmbitos de produção normativa do direito da sociedade globalizada (TEUBNER, 1997, p. 3-28).

Essas concepções, tal como Luhmann, entendem que o sistema do direito é um só. Embora possam existir diferentes ordenamentos jurídicos, diferentes fontes de produção normativa, a estrutura e a função do sistema do direito é a mesma em toda a sociedade mundial. Mas enquanto para Teubner (1997, p. 3-28) e Ladeur (2004) a pluralidade de fontes de

produção normativa exige a construção de novos acoplamentos operacionais ou estruturais - ou ainda relações transjuntivas - para mediar essas diferentes ordens jurídicas locais, para Luhmann a pluralidade de fontes de produção normativa não significa nenhuma necessidade de novos acoplamentos estruturais do direito com outros sistemas.

Isso porque, diferentemente do conceito de autopoiese de Teubner (TEUBNER, 1997), Luhmann não aceita um gradualismo autopoietico. Para Luhmann, autopoiese é um conceito que não expressa nenhum conteúdo normativo - como se para um sistema ser bom ou eficaz ele devesse ser mais autopoietico. E o pluralismo jurídico só pode ser entendido como um pluralismo na descrição dos programas normativos da sociedade, não no código do sistema do direito. Um direito plural ou policontextual é uma questão de autodescrição, sendo que a autodescrição nada mais é do que uma construção imaginária que o sistema faz de si mesmo por meio da consolidação de uma semântica histórica - memória -, sem nenhuma garantia de verdade ou de linearidade com as estruturas comunicativas da sociedade.

Todos concordam que a relação entre estrutura social e semântica, na modernidade, não é uma relação linear. Podem existir equivalências entre as estruturas e as respectivas semânticas de sistemas/função diferentes, mas não dois ou mais sistemas jurídicos diferentes. O sistema do direito (no singular) é um só porque seu código é um só, seu meio de comunicação simbolicamente generalizado é um só: lícito/ilícito. A diversidade de direitos (agora no plural) é uma diversidade de programas normativos que cristalizam as mais diversas e plurais expectativas da sociedade, e de autodescrições que, contudo, fazem parte do sistema do direito (de volta para o singular), na medida em que - e somente se - esses programas normativos plurais são confirmados e condensados pelas decisões/organizações na forma da comunicação do sistema do direito.

Dentro do direito há uma universalidade estrutural e funcional, ao mesmo tempo em que há uma contextualização histórica das referências comunicativas estabelecidas por essas operações. O sistema do direito é um só. Embora possam existir diferentes ordenamentos jurídicos, diferentes fontes de produção normativa, a estrutura e a função do sistema do direito é a mesma em toda a sociedade. No fundo, a concepção gradualista da autopoiese nega exatamente a dureza da recursividade nas operações

jurídicas.

Posto que a recursividade também é uma forma de dois lados, isso significa que também ela é uma autoaplicação da operação sobre si mesma em um ambiente. Essa forma, como todas as demais, combina ao mesmo tempo, auto e heterorreferência. E como toda forma, também a forma da autorreferência requer sempre uma assimetrização. Uma assimetrização que não é feita por alguém ou por uma instância de decisão, mas é o resultado das próprias possibilidades de conformação da forma no meio de comunicação. Existe aí uma paradoxal liberdade necessária, uma limitacionalidade autoconstrutiva.

Há, portanto, uma combinação de criatividade e condicionamento na reaplicação temporal de operações de distinção sob si mesmas. Ao mesmo tempo em que a sociedade produz novas comunicações com base nas precedentes, a recursividade da comunicação está obrigada a combinar também a produção de excedentes comunicativos com a exclusão de outros excedentes. Em outras palavras, a combinação recursiva da criatividade das formas nos condicionamento dos meios desencadeia a produção de excedentes, repetições e exclusões. Henri Atlan falava de “variação/redundância” (ATLAN, 1986, p.43). Mas além da criação de excedentes (variação) e de repetições (redundância), a temporalização de uma forma de comunicação produz também exclusões.

Essas operações podem atingir um grau de complexidade suficiente para produzir também estabilizações semânticas, ou seja, os meios dos “meios de comunicação simbolicamente generalizados”. Em outras palavras, podem ocorrer contingencialmente estabilizações semânticas de meios, em que formas se tecnicizam em códigos binários que duplicam a complexidade conformada nos meios, que então a disponibilizam para os demais sistemas. E estabilizações semânticas binariamente codificadas já produzem, por si sós, programas de autocondicionamento a respeito da adjudicação dos eventos comunicativos do ambiente em um ou em outro lado do código. Esta operação, que já surge como propriedade emergente, sob a forma de uma unidade operacional binariamente codificada e com um programa condicional autocatalítico, já é uma operação de sistema social autopoietico, já é uma operação genuinamente social - e não uma adoção de qualquer recomendação normativa, seja por consenso, seja por imposição autoritária.

Naturalmente, esse esquema de observação luhmanniano se encontra em oposição com a tese de Günther Teubner, que sustenta um gradualismo autopoiético. Essa tese tem base no conceito luhmanniano de auto-referência como a unidade informacional a partir da qual o sistema reproduz seus elementos e que abrange as auto-referências basal (elemento/relação), processual (reflexividade) e reflexiva (sistema/ambiente). Segundo Teubner, contrariando Luhmann, haveria uma graduação desde as auto-observações e autodescrições, auto-organização e auto-regulação, até a autoprodução, auto-reprodução e a autopoiese (TEUBNER, 1997, p.67). Mas não há essa graduação autopoiética. Pensar com ela retira precisamente o maior ganho intelectual e descritivo da teoria (LUHMANN, 1997, p. 380).

Longe de ser apenas uma questão teórica, nós chamamos a atenção para os resultados práticos dessa concepção. Com base nela, hoje se afirma que a função do direito *deve ser* a de conservação da capacidade de aprendizagem por meio da flexibilidade diante das estruturas dos demais sistemas sociais e das organizações. Com isso, não só se compromete a própria diferenciação do direito como sistema social autopoiético (LUHMANN, 1993, p. 155), mas, sobretudo, se coloca em perigo a frágil autonomia do direito como um projeto civilizacional importante para a resolução de problemas concretos da sociedade. Não se trata de se afastar da concepção sistêmica de direito por ser ela a expressão velada de uma concepção política qualquer. Críticas desse estilo são interessantes, mas elas não atacam o que de fundamental está em jogo aqui: a decisão por uma dentre várias, inclusive contraditórias, concepções da juridicidade para orientar a realização prática do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em uma concepção gradualista da autopoiese jurídica - a qual, sublinhe-se, não foi aceita pelo próprio Luhmann -, ampliaram-se as fontes do direito sem colocar a questão - que para nós é fundamental - da validade prático-material dessas fontes transjurídicas. Claro que para um pensamento pragmatista no estilo da Law & Economics, não há problema algum em se conceber o direito sob um critério de eficácia e especialmente de eficiência econômica. Mas nós não concordamos com essa linha de pensamento, não só porque ela rompe com uma das mais importantes

proposições da teoria dos sistemas - a da própria clausura/diferenciação funcional -, mas, sobretudo, porque acreditamos que a autonomia do direito como um projeto civilizacional para problemas práticos da sociedade é a perspectiva mais legítima - embora não seja a mais fácil - dentre as diversas concepções teóricas de direito da sociedade contemporânea.

Não podemos confundir o direito da sociedade com regras de reciprocidade. Nem podemos dissolver o direito em qualquer estrutura social material de eficiência econômica carente de legitimidade e, sem nenhuma preocupação com a sua validade prático-material. Tampouco podemos deduzir da diferenciação funcional e da policontextualidade sistêmica da sociedade contemporânea uma suposta necessidade de construção de acoplamentos estruturais ou operacionais entre sistemas, como se isso fosse uma solução para os problemas de observação e de sensibilidade sistêmica perante as irritações que vêm do ambiente. Isso porque os conceitos da teoria dos sistemas não podem ser simplesmente selecionados para serem aplicados independentemente das redes de conexões significativas que eles possuem.

Esses conceitos só são possíveis em uma perspectiva de observação de segunda ordem, mediante descrições/construções realizadas pela aplicação de uma forma de distinção naquilo que já foi por ela mesma distinguido - a *re-entry* de Spencer-Brown (SPENCER-BROWN, 1979, p.69). Se não se leva isso a sério, o significado de uma observação de segunda ordem de operações comunicativas da sociedade perde o mais importante ganho intelectual da teoria dos sistemas luhmanniana: a sua capacidade de conduzir a observação da realidade sob o paradoxo da auto-observação (LUHMANN, 1993, p. 24).

Precisamente essa perspectiva aberta pioneiramente pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann pode se perder nos discursos gradualistas das heranças sistêmicas sobre o direito. O direito assim concebido deixa de ser um projeto autônomo e frágil da sociedade - e que exatamente por isso precisa ser cuidado -, para ser concebido apenas como um instrumento para a consecução de objetivos estratégicos, sejam quais forem.

No pensamento luhmanniano o direito não é um mero instrumento para a generalização simbólica de expectativas normativas. O direito é também uma conquista evolutiva fundamental e autônoma para a solução de problemas sociais concretos. De modo que, diante dos novos e

genuinamente modernos problemas da globalização e da mundialização da juridicidade, não podemos simplesmente aceitar que um novo direito adequado à sociedade pós-moderna deva ser dissolvido em uma pluralidade de fontes de questionável legitimidade, sob o pretexto da eficiência. Conceber o direito desse modo é uma atitude política tão perversa quanto o positivismo.

Há diferenças importantes entre o gradualismo e a irredutibilidade autopoietica. De um lado, uma liberdade conceitual para colocar dentro do direito uma série de experiências que, sem o gradualismo, não seriam concebíveis. De outro lado, um fechamento irredutível do conceito que inclui muito pouco da complexidade que parece constituir o direito do mundo contemporâneo. Uma questão que permanece atual e abre a possibilidade de uma reflexão nova sobre a própria atualização ou readequação da teoria dos sistemas para o direito do século XXI.

REFERÊNCIAS

ATLAN, Henri. *Entre le cristal et la fumée*: essai sur l'organisation du vivant. Paris: Seuil, 1986.

CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Trad. Nélcio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*: complementos y estudios previos. 3ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1997.

_____. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988.

LADEUR, Karl-Heinz. *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trota,

1998.

_____. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

_____. *Die Kunst der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

_____. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana e Herder Editorial, 2005.

_____. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coord. Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998.

_____; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 11ª ed. Milano: Franco Angeli, 2009.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas e seres vivos: autopoiese: a organização do vivo*. Trad. de Juan Acuña Llorens. 3ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHUARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SPENCER-BROWN, George. *Laws of form*. New York: Dutton, 1979.

TEUBNER, Günther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Trad. Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Unimep, 2005.

_____. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____ (org.). *Global law without a State*. Brookfield: Dartmouth, 1997, p. 3-28.

_____. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

Notes

1 Cf. GOETHE-UNIVERSITÄT. *Curriculum vitae de Gunther Teubner*. Disponível em: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/42847450/curriculum-vitae>. Acesso em : 16/08/2013.

2 Cf. GOETHE-UNIVERSITÄT. *Curriculum vitae de Gunther Teubner*. Disponível em: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/42847450/curriculum-vitae>. Acesso em : 16/08/2013.